



## APONTAMENTOS A RESPEITO DA CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA A PARTIR DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA

Laila Maria Domith Vicente<sup>1</sup>  
Victor Oliveira Ribeiro<sup>2</sup>

**Resumo:** A sociedade contemporânea, de modo geral, posiciona-se a favor de um Estado Penal recrudescido na esperança da resolução das mazelas sociais, sem, contudo, uma reflexão crítica sobre este ramo do direito. Nesse influxo de criminalizações, encontra-se o movimento LGBTTTTI<sup>3</sup> que clama pela criminalização da homofobia, como forma de luta pela igualdade e construção da cidadania. Ocorre, porém, que o direito penal, pela ótica da criminologia crítica, não se destina às mudanças sociais, mas sim à manutenção dos *status quo*. Frente a esta perspectiva crítica do direito penal, mostra-se importante uma análise acerca dos riscos e possibilidades da criminalização da homofobia.

**Palavras-chave:** Criminologia Crítica - Estudos de Gênero - Criminalização da Homofobia

Na contemporaneidade, há uma forte produção subjetiva de que direito penal é capaz de resolver as mazelas sociais, tanto é que, nos últimos anos, sobretudo a partir da década de 1990, percebe-se um crescimento significativo no número de leis penais recrudescedoras para esse fim. Neste influxo, encontra-se o movimento LGBTTTTI, que deposita esperanças na criminalização da homofobia como um meio de evitar as tantas agressões que vem à tona ultimamente frente às pessoas que vivem relacionamentos homoafetivos.

No entanto, é mister uma análise mais crítica do direito penal, uma vez que, apesar de tantas leis, a criminalidade de fato não diminuiu, pelo contrário, vemos, no dia a dia, apenas aumentar os índices de violência urbana - fato este que sinaliza uma

---

<sup>1</sup>Mestre e Doutoranda em Psicologia – Estudos da Subjetividade, Política e Exclusão Social do Programa de Pós Graduação da UFF – Universidade Federal Fluminense. Professora de Psicologia Jurídica e advogada; pesquisadora atuante no Grupo de Pesquisa Direito, Sociedade e Cultura, do programa de pós-graduação em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Contato: lailamdv@gmail.com

<sup>2</sup> Graduando no curso de Direito na Faculdade de Direito de Vitória. Integrante do Grupo de Pesquisa Direito, Sociedade e Cultura, do programa de pós-graduação em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). E-mail: victor.oli.r@gmail.com.

<sup>3</sup> LGBTTTTI é o nome que atualmente é dado ao movimento social que inclui Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transexuais, Travestis, Transgêneros e Interssexuais na luta por relações mais livres e igualitárias .

ineficácia deste ramo do direito para prevenção dos próprios crimes. Diante disso, este artigo questiona, inicialmente, se, de fato, o direito penal é apto em prevenir o crime, bem como discute a instância penal de modo crítico - pretendemos, portanto, perquirir os efeitos no social deste ramo jurídico, a partir da criminologia crítica. Visto isso, traz-se à tona a questão de gênero, que muito se aproxima da questão da homoafetividade, para, no fim, apontar riscos e possibilidades que a criminalização da homofobia pode acarretar.

Historicamente, o direito penal está umbilicalmente ligado ao desenvolvimento econômico da sociedade, isto significa que “todo sistema de produção tende a descobrir formas punitivas que correspondem às suas relações de produção” (RUSCHE et KIRCHHEIMER, 2004, p.20); tanto é que, a título de exemplo, a substituição da pena capital pelas casas de correção (*workhouse*) é decorrente não de fins humanitários e altruístas, mas sim da escassez de mão-de-obra no início da idade moderna, inclusive, sendo posterior as justificações ideológicas (RUSCHE et KIRCHHEIMER, 2004, p.63 ss). Deste modo, é a punição estatal um instrumento, adequado a cada momento histórico, de dominação social utilizado pelas classes dominantes frente àqueles marginalizados/inadequados ao sistema de produção. Portanto, no desenvolvimento ocidental, a estrutura socioeconômica, acompanhada das práticas sociais a que faz parte em determinado contexto histórico, molda o aparato jurídico-penal punitivo – tanto no que se refere às condutas tipificadas como crime, quanto aos modelos de punição.

Neste sentido, importa lembrar o estudo de Michel Foucault (2001) em *Vigiar e Punir*. O filósofo francês nos mostra que a prisão como pena é uma invenção recente datada a partir do século XIX e soberana apenas nos séculos XX e XXI. Até meados do século XVIII as penas incidiam sobre o corpo dos condenados nos chamados suplícios, em que a resposta do rei soberano incidiria diretamente nestes corpos e em uma proporção significativa para a época. Quanto maior a afronta ao poder do rei, maior o espetáculo do suplício. O poder exteriorizado nos suplícios mostrou-se dispendioso e ineficaz. Com a expansão demográfica e dos modos de produção, foi necessário *disciplinar*<sup>4</sup> a massa multiforme de pessoas, cada uma com suas particularidades, para que além de não formarem resistência à estrutura em formação da sociedade moderna, ajudassem a desenvolvê-la, com a sua força de trabalho e com o controle dos corpos dos indivíduos. Em suma, para torná-los “dóceis” e fazer crescer a utilidade singular de cada elemento da multiplicidade, portanto nas palavras de Foucault (2001, p. 181): “as

---

<sup>4</sup> Referimo-nos aqui a um conceito do autor: o poder disciplinar. Para maiores informações sobre o conceito ver a obra *Vigiar e Punir* (Foucault, 2001).

disciplinas são o conjunto das minúsculas intervenções técnicas que permitiram fazer crescer a extensão útil da multiplicidade fazendo diminuir os inconvenientes do poder que, justamente para torná-las úteis, deve regê-las”. Desta maneira, Foucault nos mostra como a instituição carcerária se insere nos meandros das relações de poder, tendo seus efeitos antes nestas relações de disciplina e controle dos corpos do que como uma maneira de prover segurança ou evitar os crimes.

Ao encarar desta maneira o direito penal, duas análises importantes podem ser realizadas, acompanhando-nos importantes nomes da criminologia crítica. Em primeiro lugar, o crime não é um entidade ontológica preconstituída (ANDRADE, 2003, p. 41), logo, “a criminalidade não existe na natureza, mas é uma realidade construída socialmente através de processos de definição e de interação” (BARATTA, 2002, p.108). Em segundo lugar, o direito penal foi e é construído para conter a massa empobrecida, maneira pela qual mantêm-se o *status quo* de dominação socioeconômica desigual de uma sociedade de classes (ANDRADE, 2003, p.55).

Essa realidade, todavia, é obliterada pela ideologia<sup>5</sup> da defesa social, que, por sua vez, confere legitimidade ao direito penal e encontra ampla aceitação na sociedade e no senso comum teórico dos juristas<sup>6</sup>. Este discurso se funda nas premissas de que o Estado é legítimo para reprimir a criminalidade e, assim, defender a sociedade dos malfeitores, sendo que o bem jurídico tutelado na lei penal é precioso a todos os indivíduos, indivíduos este que serão tratados de modo igual pela reação penal (BARATTA, 2002, p.42)

O discurso da defesa social é falacioso em várias premissas, as que nos importa, no presente trabalho, são duas em especial. A primeira delas é a ideia de o bem jurídico tutelado ser de mesmo valor a todos; falaciosa é essa argumentação, dado ao fato de que não necessariamente aquele o terá, pois, dentro de uma sociedade plúrima, existem inúmeras subculturas desviantes; nesse sentido, aquilo que é tido como um desvalor para a cultura dominante (que não é, obrigatoriamente, maior em termos quantitativos, mas sim qualitativos) pode ser um valor para uma subcultura (BARATTA, 2002, p.71-

---

<sup>5</sup> Tem-se ideologia como “um corpo explicativo (representações) e prático (normas, regras, preceitos) de caráter prescritivo, normativo, regulador, cuja função é dar aos membros de uma sociedade dividida em classes uma explicação racional para as diferenças sociais, políticas e culturais, sem jamais atribuir tais diferenças à divisão da sociedade em classes a partir das divisões na esfera da produção”. (CHAUI, 2009, p.114). Ainda que tenhamos como um dos referenciais teóricos o filósofo francês Michel Foucault (2011), que não trabalha com tal conceito, trazemos aqui a sua definição por também nos acompanhar na empreitada do presente artigo os autores da criminologia crítica cujo conceito se mostra importante nas construções destes.

<sup>6</sup> O senso comum teórico dos juristas é “um emaranhado de costumes intelectuais que são aceitos como verdades de princípios para ocultar o componente político da investigação da verdade” (WARAT, 1994, p.15), em outras palavras, é a cientificização do senso comum realizado pelos operadores do Direito.

73). A segunda premissa falaciosa é a de que reação penal é igual a todos indivíduos, vez que a etiqueta de criminoso recai apenas a algumas pessoas – ocorrendo uma seleção desigual daqueles que recairão na malha penal (BARATTA, 2002, p.179).

A referida seleção penal ocorre de dois modos: no momento de escolha da conduta criminosa (processo de criminalização primário) e no momento de escolha do criminoso (processo de criminalização secundário). No tocante ao primeiro, como já fora esclarecido, o crime não é ahistórico, logo é condicionado pela estrutura social, não existindo, assim, um delito natural. Tendo como perspectiva a sociedade capitalista ocidental, em que, via de regra, as classes econômicas detentoras do capital são dirigentes da política, a escolha da conduta sobre a qual recairá a punição atingirá aquelas condutas que sejam um empecilho ao desenvolvimento do capitalismo. Desta maneira, de modo geral, aquelas atitudes que atacam diretamente o capital circulante e sua livre circulação (furto, roubo, latrocínio, estelionato) serão tipificadas como crime e valoradas com altas penas. Tanto assim o é que as condutas que atingem o patrimônio – material – muitas vezes são mais severamente punidas que os crimes contra a vida ou contra a dignidade sexual, já os delitos econômicos, crimes contra o Erário, a sonegação de imposto não possuem uma repreensão tão severa, pelo contrário, as penas são brandas e normalmente passíveis de perdão (NEPOMOCENO, 2004, p. 53-57). Vislumbra-se, então, que o *processo de criminalização primário* se destina a selecionar as penas mais severas aos atos potencialmente cometidos pelas classes mais baixas da esfera econômico-social – técnica esta de repreensão da massa empobrecida, que já fora, historicamente, utilizada, a título de ilustração, basta lembrar das severas penas capitais e mutilações para os crimes patrimônios nos séculos XIV a XVI, justamente o momento de surgimento da capitalismo (RUSCHE et KIRCHHEIMER, 2004, p.36).

De fato, as condutas contra o patrimônio são, em regra, mais severamente punidas. Todavia, nos últimos anos, percebe-se uma onda de criminalizações que fogem esta regra, sem, contudo, abandoná-la, por exemplo, a lei de crimes ambientais, a lei de criminalização do racismo, dentre outras, frutos do movimento de esquerda. Percebe-se, então, que estes movimentos, em busca de correição dos problemas sociais, valem-se do direito penal, isto é, da criminalização em busca da "justiça". Destarte, vislumbra-se uma "esquerda punitiva", movida por um desejo desmedido de punição (KARAM, 1996, p. 79 e KARAM, 2001, p. 11).

Deste modo, o movimento de esquerda, cujo ideal de luta se baseia numa justiça social, absorve um discurso típico de direita (o recrudescimento penal). Todavia, este

desejo pela legiferância penal é acrítico, sem refletir acerca dos fins do direito penal e das consequências da criminalização. Inclusive, há um efeito reverso neste anseio criminalizatório, pois, com a superficial satisfação dada pela reação punitiva, desvia-se a atenção do problema, afastando, deste modo, a possibilidade de discussão de soluções mais eficazes.

Realizada esta seleção quantitativa daquilo que será tido como crime, ocorre, posteriormente, outra seletividade, qual seja, a seleção qualitativa sobre quem se recairá a etiqueta de criminoso, uma vez que esta não é distribuída de forma igual na sociedade (NEPOMOCENO, 2004, p. 58-61). Esta seletividade é oriunda do *second code*, isto é, código ideológico, construído, socialmente, por inúmeros preconceitos e estereótipos de quem é o criminoso e de quem é a vítima (ANDRADE, 2003, p.53). Portanto, ainda que se tenha realizado uma conduta típica, antijurídica e culpável<sup>7</sup> não necessariamente a pessoa será tida como criminosa, uma vez que, para sê-la, é necessário se enquadrar em tal estereótipo – afirmação esta que será esclarecida no decorrer do artigo. Atenta-se que, na estrutura do sistema penal<sup>8</sup>, inúmeros são os momentos no qual ocorrerá a seleção, desde o inquérito policial, à denúncia do Ministério Público e ao julgamento da ação pelo magistrado – no tocante ao último, pesquisas demonstram um abrandamento da pena àquelas pessoas que são da mesma classe social do juiz, incidido, desse modo, uma sensibilidade de classe, e, a *contrario senso*, percebe-se um maior rigor às classes mais baixas (BARATTA, 2003, p.178). Não se pode olvidar que a seletividade não ocorre apenas na definição do criminoso, mas, também, na definição da vítima; neste diapasão, deve ocorrer um duplo enquadramento em juízo: o criminoso e a vítima devem estar inseridos, respectivamente, em seus determinados estereótipos construídos socialmente de criminoso e de vítima (ANDRADE, 2004, p.12).

A seletividade é inerente ao sistema penal, uma vez que este não possui estrutura para funcionar plenamente, de modo que a regra seja a impunidade. Dentre os inúmeros crimes que são realizados hodiernamente seria impossível haver uma estrutura repreensiva apta a punir todos os crimes realizados. Não há, pois, juízes suficientes a julgar, policiais suficientes a investigar, promotores suficientes a acusar e, muito menos, prisões suficientes para prender – este último aspecto é tão relevante que, no Brasil, inúmeros são os mandados de prisão em abertos e, para não dizer nenhuma, poucas são

---

<sup>7</sup> Segundo a Teoria do Crime no Direito Penal, estes são os elementos que, quando presentes, configuram o crime.

<sup>8</sup> Tem-se como Sistema Penal “um conjunto integrado de agências de poder”, que vão do legislador ao próprio encarcerado (NEPOMOCENO, 2004, p.42)

as cadeias que não estejam superlotadas. Frente a este colapso administrativo combinado com a seletividade emerge uma *cifra negra* de crimes (THOMPSON, 2007, p.19), isto é, delitos que são cometidos que, todavia, não são investigados, ou investigados, porém, não surge inquérito, ou arquivados pelo Ministério Público, dentre outros modos<sup>9</sup>.

Visto os processos de criminalização primário e secundário, percebe-se que o fato de a maior parte da população carcerária ser oriunda dos estratos sociais mais baixos (e, sobretudo, negros) não indica que estes indivíduos sejam mais destinados ou propensos ao crime – como já concluiu a criminologia positivista italiana e a teoria estrutural-funcionalista de Merton. Significa que as classes mais baixas são, dada a falta de poder sócio-econômico-cultural, mais suscetíveis de serem apanhadas pela estrutura penal.

Desta maneira, o direito penal é uma instância tipicamente negativa de restrição de direitos, estando alinhada ao interesse das classes econômicas dirigentes. Portanto, o ramo do direito ora em estudo tem como objetivo real a segregação e controle das massas empobrecidas, e não a transformação social.

Feita essas considerações realizadas pela criminologia crítica a respeito do direito e do sistema penal, cabe salientar algumas conclusões produzidas pelos estudos feministas e pela criminologia feminista para nos ajudar a entender a questão da criminalização da homofobia. Por isso, importa, vestibularmente, compreender a noção de gênero antes de adentrar nos referidos estudos.

No senso comum social, as características masculinas e femininas existiriam naturalmente, de modo que, por serem dotados, respectivamente, do pênis e da vagina, isto é, do sexo que portam, o homem se comportaria como "homem" e a mulher se comportaria como "mulher". Em outras palavras, ocorre uma biologização do comportamento das pessoas, de modo que a masculinidade e a feminilidade - concomitante com todas as características que lhe pertencem - seriam, nada mais, que manifestação *normal e natural* do sexo que possuem (BOURDIEU, 2009, p.17; 22; 35). Todavia, os comportamentos humanos, de modo geral, são oriundos das relações sociais nas quais estão inseridas, isso significa que, necessariamente, masculino e o feminino não assim os são *a priori*. Ambos são socialmente construídos por meio de operações de diferenciação que ocorrem desde a mais tenra idade, e, desta forma, ocorre a tipificação dos *gêneros* masculino e feminino. Portanto, o gênero modula o comportamento dos

---

<sup>9</sup> A respeito da cifra negra de criminalidade, Cf. THOMPSON, 2007, cap. 1

homens e das mulheres, prescrevendo os modos pelos quais devem eles se comportar, agir e viver, sendo que os processos sociais que o constrói é abafado por argumentos de cunho inatistas (PETRY et MEYER, 2001, p.195).

No ocidente, a grosso modo, as características tidas como impositivas (a coragem, a força, a astúcia, a atividade, a razão) são conferidas aos homens, e às mulheres restam características de certa passividade (a frivolidade, o coquetismo, a sensibilidade) (BEAUVOIR, 1967, p.21) Por serem, então, dotados dessas características autoritárias, os homens seriam "legítimos" à dominação sobre as mulheres e daquilo tudo que circunda, estando, assim o homem no centro e o resto na periferia. A centralização do homem no corpo social acarreta uma visão de mundo androcêntrica (BOURDIEU, 2009, p.32). Frente a tal dominação, valer-se argumentos inatistas (seja através do biologicismo, seja através da teologia), justifica-a, assim, ocultando os processos sociais de construção de gêneros - postulações construídas socialmente de forma estanque e rígida, sendo que nada pode se afastar ou distanciar desta lógica binária homem-mulher.

A suposta, ou melhor, imposta supremacia do masculino sobre o feminino, acarreta um poder de dominação hierarquizado e, conseqüentemente, autoridade do homem sobre as figuras sociais diversas, consubstanciando, assim, o patriarcado, isto é, relações de dominação-submissão entre o homem e tudo aquilo que o circunda. Neste diapasão, percebe-se que "as relações de poder entre as pessoas no sistema patriarcal se configuram de forma hierarquizada e desigual" (BARBOSA, 2009, p.42)

Não suficiente em moldar os comportamentos, a cultura androcêntrica também normaliza o modo pelo qual a sexualidade deve se aflorar e os modos de viver os desejos do corpo (PETRY et MEYER, 2001, p.195). Da mesma forma que se naturaliza os comportamentos sociais através do sexo, assim também se naturaliza os interesses sexuais, de modo que o "*normal*" é o interesse sempre pelo sexo oposto. Portanto, por ser inerente da "natureza humana", seria *anormal* um indivíduo se interessar por uma pessoa do mesmo sexo. Percebe-se, então, outro binarismo entre heteroafetividade (normal e aceita) e a homoafetividade (anormal e rejeitada), que conduz, por conseguinte, à heteronormatividade, que é a expressão das "expectativas, as demandas e as obrigações sociais que derivam do pressuposto da heterossexualidade como natural e, portanto, fundamento da sociedade" (MISKOLCI, 2009, p. 332).

Sendo assim, ambos binarismos (masculino-feminino e hetero-homo) são legitimados por discursos de cunho inatista, cuja base argumentativa, via de regra,

repousa na suposta naturalidade e inerência dessas categorias relacionadas uma as outras (sexo-gênero-sexualidade). Ocorre, porém, que os corpos são social, histórica e culturalmente construídos.

Importa lembrar que esta visão de mundo androcêntrica (e, conseqüentemente, heteronormativa) é disseminada pela sociedade, inclusive, pelas mulheres e pelos que fogem dessa lógica. Significa que estes, bem ou mal, acabam legitimando e reproduzindo a dominação patriarcal – ainda que não de forma homogênea por todos, pois uma consideração neste sentido seria fatalista e ingênua, neste sentido, estamos com Foucault (2011, p.106) quando este nos coloca que a resistência é anterior a uma dominação, e desta maneira se fazem as relações de poder.

Não obstante a dominação masculina se produzir no controle social informal (patriarcado privado), as instituições formais - a Escola, a Igreja, o Estado - garantem também a visão androcêntrica de mundo, logo, o Estado consubstancia o patriarcado privado em público (BOURDIEU, 2009, p. 103). O direito, por sua vez, como instrumento do Estado, também é construído e atravessado por essa lógica de desigualdade de gênero - vide o direito de família que inscreve os princípios fundamentais da visão androcêntrica, ou o direito do trabalho que, por exemplo, não permite a mulher se dedicar à prostituição como labor, bem como o direito penal, conforme argumentação que segue.

O direito penal, com suas instituições repressivas e punitivas, se mostra atravessado capilarmente pela lógica patriarcal, androcêntrica e heteronormativa, reproduzindo práticas autoritárias que atualizam relações de poder historicamente construídas e que se afirmam e se concretizam em tais práticas. Seria, então, o Direito Penal, pelos argumentos expostos, o local adequado para a construção de relações igualitárias e libertárias para os grupos inseridos de maneiras autoritárias em relações de subjugação e mortificação? O direito penal e suas instituições, portanto, garantem ainda a dominação masculina por intermédio de dois processos de criminalização. No tocante ao primeiro processo, percebe-se que os tipos penais destinam-se, majoritariamente, às condutas relacionadas a esfera pública<sup>10</sup>, assim, o direito penal está construído e destinado aos homens, uma vez que às mulheres é destinado o controle social informal –

---

<sup>10</sup> Lembra-se que, dentro da sociedade androcêntrica, a esfera pública é destinado ao gênero masculino, a contrario sensu, o privado ao gênero feminino (BARATTA, 1999, p.45-46). Há, nesta divisão, um aspecto simbólico importante, pois o público é aquilo que merece ser visto e discutido, dado o seu valor, já o privado é o oculto e, conseqüentemente, desprovido do valor tipicamente público (ARENDRT, 2007, p.61; 71; e ANDRADE, 2004, p.14). Desta forma, realiza-se uma valorização do gênero masculino, e uma desvalorização do gênero feminino.



a família, por exemplo. Portanto, a etiqueta de delinquente, para a mulher, representará a sua inadequação ao papel social que lhe é destinado, ou seja, na lógica de gênero. Pelo exposto, percebe-se que o direito penal é simbolicamente masculino e destina-se a dominação deste gênero sobre o feminino, assim, perpetuando a desigualdade forjada entre o binarismo masculino-feminino (BARATTA, 1999, p.46).

No que diz respeito à criminalização secundária, a dominação patriarcal é mais percebida, uma vez que este processo é realizado por operadores do direito – policial, promotor, juiz, carcereiro -, cujos processos de subjetivação presentes nestas searas influem na seleção da vítima e do criminoso. Levando em conta as características tipicamente femininas na sociedade ocidental androcêntrica (frivolidade, fraqueza, dedicação à família, passividade), produz-se uma “visão vitimadora [que] invoca a mulher como sujeito passivo, ou seja, como objeto da violência” (ANDRADE, 2004, p. 116) – basta perceber que, no discurso, não se fala em violência *contra* o homem (algo que seria até jocoso), afinal, este, socialmente, não é vítima, e sim agressor, ao contrário das mulheres que são, tipicamente, vítimas, por isso, violência *contra* a mulher.

Para ilustrar o modo pelo qual o direito penal é seletivo no tocante à vitimização e o modo pelo qual as mulheres que não se enquadram nos papéis tipicamente femininos não são, necessariamente, vistas como vítimas, importa lembrar o filme *Acusados* (*The Accused*) de 1988. Neste filme, sucintamente, Sarah Tobias, personagem de Jodie Foster, é vítima de estupro cometido por três homens junto a vários outros assistindo. Ocorre, porém, que, ao levar ao Judiciário o exame desta questão para que a “justiça” fosse feita, os algozes de Sarah Tobias não são vistos como estupradores, tanto é que foi barganhado uma pena mais baixa e não inserção, na ficha criminal deles, do crime de estupro. Apesar de faticamente ter ocorrido a violência sexual, inclusive com o exame de corpo de delito atestando-a, o juiz – como o apoio da sociedade no filme – não veem a situação desta forma. Isto ocorre pelo fato de que a personagem não se enquadrava na perspectiva que se tem como “comportamento feminino adequado” o que, por consequência, significa um comportamento de vítima. Jodie Foster representava uma mulher sexualmente liberada, que realizava consumo esporádico de drogas etc. – atitudes muitas vezes aceitas ao modelo de comportamento masculino. Portanto, ao romper a barreira de gênero, a sociedade a via como se ela tivesse proporcionado, como se ela quisesse, como se ela tivesse provocado e, até mesmo, gostado daquele ato sexual, que, por sua vez, não foi tido como estupro, pois ela era sexualmente liberada.

Neste diapasão, a liberdade, no sentido neoliberal dado à palavra, é aquela que se pode ter quando se vive conforme determinados padrões, seremos livres pra vivermos conforme as normas. Caso se afirme outros modos de existência que fujam aos socialmente estabelecidos e impostos teremos por quebrada a proteção institucional patriarcal. No caso específico das relações de gênero, conforme discutido, afirma-se outras maneiras femininas de lidar com a sexualidade, nas quais se nega uma relação de submissão e vitimização, e a resposta social é a imposição da punição, levada a cabo à margem da legislação formal, mas inserida dentro dos procedimentos, dos processos de subjetivação e das normas androcêntricas presentes na instituição judiciária.

A partir deste filme, pode-se retirar algumas conclusões importantes a respeito do patriarcalismo penal e da vitimização das mulheres pelo sistema. Em primeiro lugar, o direito penal é construído para reafirmar a dominação patriarcal, de modo a tolher a mulher aos seus papéis típicos e impedi-la de alçar a esfera pública e, assim, atingir uma igualdade entre os gêneros. Em segundo lugar, a proteção que supostamente o direito penal seria apto de conseguir produz, unicamente, na realidade, uma duplicação da violência, pois, não obstante a agressão já sofrida pela mulher, seja sexual, seja doméstica ou qualquer outra, ela deve ainda provar que é vítima, sofrendo uma “violência institucional plurifacetada do sistema” que recria e reproduz os estereótipos da dominação masculina (ANDRADE, 2004, p.119). Neste sentido urge nos questionarmos, enquanto pesquisadores e afirmadores dos estudos feministas de gênero, o que pretendem as lutas feministas quando buscam na legislação penal e no seu recrudescimento a solução para tal violência. Ainda mais urgente é o questionamento sobre a perspectiva de construção da cidadania feminina e da liberdade social a partir de tais padrões e instituições visceralmente patriarcais.

Vê-se, então, que o direito penal não se destina apenas à manutenção do *status quo* de dominação estrutural-econômica, mas também da dominação de gêneros. Além do mais, isto indica que as resoluções das questões sociais não devem, primeiramente, serem buscadas no direito penal, como se este, em conjunto com o Estado, fosse um “grande pai capaz de reverter sua orfandade social e jurídica” (ANDRADE, 2004, p.122), uma vez que a principal consequência das criminalizações é a reprodução da violência de gênero e de classes, assim, aumentando a vitimização no tocante à questão feminina. Ademais, como já dito anteriormente, o desejo dos movimentos sociais com orientação política de esquerda que desejam a criminalização de condutas, a esquerda punitiva, relegitima o direito penal, bem como desvia o foco da atenção do problema.

Enfim, em vez de produzir a igualdade de gênero, as criminalizações fazem restar "às mulheres fragilizadas (como as crianças, os velhos, os *homossexuais* e outros excluídos do pacto da virilidade) o bônus da vitimização" (ANDRADE, 2004, p.17, *grifo nosso*).

Apesar de o direito penal não ter sido apto a resolução da questão de gênero, no influxo das criminalizações da esquerda punitiva, o movimento LGBTTTI, com o apoio dos seguimentos sociais favoráveis à diversidade sexual, vem, vigorosamente, defendendo a criminalização da homofobia. Porém, nesta esteira, não se realiza uma investigação e análise do direito penal.

Deve-se levar em consideração que a questão de gênero muito se aproxima da questão da homoafetividade, vez que a dicotomia hetero e homo não são *a priori*, mas socialmente construídas tal como o gênero. Na esteira da semelhança entre as problemáticas, podemos também acrescentar que ambas são postas enquanto reféns de uma prática autoritária que pauta na virilidade a subjugação de formas mais líricas de existência<sup>11</sup>. Dada estas semelhanças, as reflexões críticas do estudo de gênero podem ser (e aqui o são) aproveitadas para o estudo da questão da homoafetividade - tanto assim o é que a maior parte dos teóricos *queer*<sup>12</sup> é oriunda do estudo feminista de gênero. Desta feita, as considerações sobre gênero e direito penal podem, conseqüentemente e com seu devido cuidado, serem aplicadas à questão da criminalização da homofobia.

As considerações que aqui serão feitas, de maneira ensaísta, não são nada mais do que apontamentos que podem ser realizados a partir da criminologia crítica para a questão da criminalização da homofobia. Então, por meio das críticas desta vertente criminológica e da questão de gênero, pode-se vislumbrar uma série de questões que,

---

<sup>11</sup> Neste sentido cabe trazer ao texto a fábula de Eduardo Galeano sobre a imposição viril e patriarcal (*Vitorioso Sol*) nas práticas e nas subjetividades femininas (*Lua vencida*) ao longo da história:

**"Vitorioso Sol, lua vencida**

*A lua perdeu a primeira batalha contra o sol quando se divulgou a notícia de que não era o vento quem engravidava as mulheres.*

*Depois, a história trouxe outras tristes novidades:*

*a divisão do trabalho atribuiu quase todas as tarefas às fêmeas, para que nós, machos, pudéssemos dedicar-nos ao mútuo extermínio;*

*o direito de propriedade e o direito de herança permitiram que elas fossem donas de nada;*

*a organização da família meteu as mulheres na gaiola do pai, do marido e do filho macho*

*e consolidou-se o Estado, que era como a família, porém maior.*

*A lua compartilhou a queda de suas filhas.*

*Longe ficaram os tempos em que a lua do Egito devorava o sol ao anoitecer e ao amanhecer o engendrava..."*

(Trecho do livro **Espelhos**: uma história quase universal de **Eduardo Galeano**, página 29).

<sup>12</sup> *Queer* era expressão de língua inglesa utilizada com o intuito de insultar homoafetivos (tal como, "gay", "veado", "sapatão" em português). Repetida à exaustão, o movimento *gay* estadunidense resignificou esta expressão e passou a utilizá-la como meio de se referir aos *gays*, lésbicas, transgêneros e todas outras formas de diversidade sexual. Portanto, *queer* "ganhou força política e teórica e passou a designar um jeito transgressivo de estar no mundo e pensar no mundo" (LOURO, 2009, p.135)

bem ou mal, devem ser enfrentadas, pois são realidades e riscos que a criminalização acarreta. Deste modo, não se deseja realizar uma futurologia ou fatalismo, afinal, sequer a lei foi aprovada. Trata-se de fitar a criminalização da homofobia a partir dos resultados que foram colhidos das outras criminalizações.

Inicialmente, é importante se atentar que o direito penal é igualmente destinado, em sua formalidade, a todos, nesse sentido a proteção da integridade física e moral consistente no Código Penal destina-se aos homens, às mulheres, aos heterossexuais e aos homossexuais indistintamente. Então, teoricamente, as agressões, que, hoje, são tão noticiadas aos homossexuais, não deveriam ocorrer, pois já existe a tutela penal para que não viesse acontecer o crime – de modo lato. Isto nada mais demonstra que a lei penal não é capaz de prevenir crimes futuros, isto é, a função preventiva da pena não é atingida. Nesta esteira, é leviana a crença em que, com aprovação de uma lei que coíba a homofobia, esta não venha mais acontecer. Cabe acrescentarmos aqui que a lei se insere nas relações sociais enquanto um discurso que produz efeitos frente a outros discursos e práticas que também produzem seus efeitos, e a realização social se pauta nestes embates de forças que circundam as relações, denominadas por Foucault (2005), de relações de poder. É perigosa a crença na neutralização das relações de violência a partir das promulgações das leis – consideradas protetivas –, pois estas entram no embate social e, a partir daí, podem produzir os mais variados efeitos que devem ser analisados estrategicamente.

Lembra-se ainda que, como já fora exposto, a função preventiva do direito penal é ilusória, vez que este não é apto a prevenir novas violências e a repreensão penal é sempre posterior ao delito. Não obstante tal aspecto, ao retribuir o mal feito ao criminoso (a única função atingida, de fato, pela pena), o processo penal e o direito penal não se atentam, não se preocupam, não destinam nenhuma forma de auxílio à vítima, de modo que aquele agredido fica totalmente abandonado pelo sistema jurídico-penal. Sendo assim, o processo e o direito penal são, unicamente, uma cerimônia de exclusão do criminoso, e abandono da vítima (GARAPON, *apud* ROULAND, 2008, p.141).

Ademais, ainda que aprovada a lei de criminalização da homofobia, não se pode esquecer o processo de criminalização secundário. A etiqueta de criminoso e a etiqueta de vítima não são distribuídas igualmente, uma vez que, como já discutido anteriormente, tanto o agressor, quanto a vítima, devem se enquadrar em estereótipos. Compreendendo que a figura do homoafetivo no seio da sociedade brasileira, via de

regra, é vista ou no extremo da figura efeminada, afetada, debochada, não viris, ou no outro extremo nas formas em processo de aceitação e normatização de homoafetividade: gays ricos, bem vestidos, brancos, televisionados, dentro de padrões heteronormativos, vivendo relações heteronormativas – ainda que entre pessoas do mesmo sexo, seguindo uma normatividade neoliberal dentro dos padrões estabelecidos pelo mercado e pelo capital -; existe o risco de que um homoafetivo e transgêneros que fujam desses padrões não sejam considerados como vítimas, dado o rompimento às regras heteronormativas, ficando, assim, sem sua devida tutela legal - tal como ocorrem com as mulheres que rompem as barreiras de gênero. Além do mais, os juízes, os promotores, isto é, os agentes do sistema penal são pessoas inseridas dentro da sociedade (patriarcal e heteronormativa) em um âmbito que dá ênfase a estes padrões, que, bem ou mal, passarão à sentença, à denúncia, ao inquérito, sua visão de mundo e percepção da realidade. Basta lembrar a infame sentença proferida pelo juiz Dr. Manoel Maximiliano Junqueira Filho no caso do futebolista Richarlyson<sup>13</sup>, para o qual *gays* deveriam abandonar os gramados e montar sua própria agremiação e que seria desconfortante, para os pais, levar seus filhos ao estádio ver homossexuais (que, para o Dr., são pessoas "com evidente problemas de personalidade, ou existencial" [fl.3]) jogando futebol.

Não obstante tais aspectos, criminalizar a homofobia objetifica o homoafetivo como vítima – tanto é que se fala unicamente violência *contra* homossexual, de modo que o único papel que pode ser desempenhado pelo primeiro é ser vítima. Vitimizar, objetificar, despotencializa tais formas de existência, estabelecendo locais rígidos de fragilidade e submissão nas relações sociais. A figura do homoafetivo, a grosso modo, não possui direitos, já que não é reconhecida pela ordem jurídica, e, ao se reconhecer pela primeira vez, reconhecerá não como um sujeito de direitos apto a viver na vida social com os mesmos direitos que um heterossexual – casamento, adoção, sucessão - em uma situação de paridade participativa, reconhecer-se-á o homoafetivo como um objeto de direitos: um objeto vitimizado.

Todavia, ainda que trazida à baila toda a problematização supraexposta, é importante que pensemos estrategicamente os efeitos da criminalização no que eles podem trazer de positivos e protetivos. Podemos trazer como exemplo, um casal *gay* que muitas vezes não mais seria expulso de um estabelecimento por conta de um beijo ou de outras formas de demonstração de afetividade - expulsões essas hodiernas -, uma vez que se configuraria como crime – e tal configuração por conta justamente da crença

---

<sup>13</sup> Cf. <http://www1.folha.uol.com.br/folha/esporte/ult92u317519.shtml> e a sentença publicada on-line [http://www1.folha.uol.com.br/folha/esporte/20070803-caso\\_richarlysson.pdf](http://www1.folha.uol.com.br/folha/esporte/20070803-caso_richarlysson.pdf)

social na eficácia e força do âmbito carcerário poderia afrontar tais atos atentatórios. A presente afirmação ainda nos leva a pensar a produção de subjetividade que circunda a crença social no sistema penal. Da mesma maneira postulamos o não maniqueísmo das relações sociais e das instituições. Podemos pensar sim que, em alguns aspectos imediatos, a criminalização traria benefícios ao movimento LGBTTTI, uma vez que teríamos atos violentos recalçados<sup>14</sup>. Repita-se que dentro de aspectos imediatos pode parecer interessante a criminalização e talvez ela se mostre necessária. Temos que outros grupos de exclusão – histórica e social – se veem protegidos por tais medidas o que faz com que se mostre a importância da criminalização enquanto uma afirmação de luta e vitória dentro do processo histórico de cidadania, fim da violência e da construção de relações igualitárias dentro da perspectiva da livre afetividade. Entretanto, tais considerações não devem perder de vista a necessária análise crítica da medida, assim como da urgente e necessária transformação das relações patriarcais, androcêntricas e heteronormativas – autoritárias, portanto, que circundam, atravessam e produzem o âmbito jurídico e em especial o âmbito penal. A luta cega pela efetivação da criminalização da homofobia pode por outro lado afirmar justamente as práticas que se visa reprimir.

O que importa neste momento é refletir criticamente sobre a instância penal e levar em conta a seguinte questão: o risco à reprodução da lógica androcêntrica e heteronormativa e/ou a proteção às situações-tipo. Alguns efeitos práticos valem a pena, mas até quanto/quando? É mais inteligente e eficaz, então, a busca pelo desentranhamento das práticas autoritárias e androcêntricas das instituições jurídicas e, em última instância, da sociedade de modo geral, bem como buscar espaços de lutas alternativos.

## **Bibliografia**

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A soberania patriarcal: O sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher.** 2004. Disponível em: <[http://danielafeli.dominiotemporario.com/doc/A\\_soberania\\_patriarcal\\_artigo\\_Vera\\_Andrade.pdf](http://danielafeli.dominiotemporario.com/doc/A_soberania_patriarcal_artigo_Vera_Andrade.pdf)> Acesso em: 20 mai. 2011.

\_\_\_\_\_. **Sistema penal máximo X cidadania mínima: códigos de violência na era da globalização.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003

ARENDDT, Hannah. **A condição humana.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

---

<sup>14</sup> Não podemos esquecer o conceito psicanalítico de recalque, que nos diz que as situações traumáticas serão recalçadas a partir de um processo psíquico inconsciente que não deixa vir à tona de modo consciente as lembranças de algum trauma. Entretanto, segundo Freud (1996) os sintomas das neuroses são justamente a manifestação por outras vias destas situações psíquicas não elaboradas.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002

\_\_\_\_\_. **O paradigma de gênero - da questão criminal à questão humana**. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.), *Criminologia e Feminismo*. Porto Alegre: Sulina, 1997

BARBOSA, Patrícia Campagnoli. **Violência contra a mulher na contemporaneidade: construindo laços de fuga e desatando os nós de aprisionamento**. Dissertação de mestrado .2009. Disponível em: <<http://www.slab.uff.br/dissertacoes/2009/PatriciaCampagnoli.pdf>>. Acesso em: 24 mai. 2012.

BEAUVOIR, Simone. **O segundo sexo: a experiência vivida**. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1967.

BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2009

CHAUÍ, Marilena. **O que é Ideologia**. São Paulo: Brasiliense, 2009

FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade I: a vontade de saber**. São Paulo: Graal; 2011.

\_\_\_\_\_. **Vigiar e Punir: A história da violência das prisões**. 24ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2001

\_\_\_\_\_. **A ordem do discurso**. 12ª edição. São Paulo: Edições Loyola, 2005

FREUD, Sigmund. **A Interpretação dos Sonhos**. In: ESB das obras completas de Sigmund Freud. Imago: Rio de Janeiro, 1996.

KARAM, Maria Lúcia. **A esquerda punitiva**. 1996. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/68176159/Karam-Maria-Lucia-Art-em-LIVRO-A-Esquerda-Punitiva>>. Acesso em: 18 dez. 2011.

\_\_\_\_\_. **A esquerda punitiva: entrevista com Maria Lúcia Karam**. In: *Revista de Estudos Criminais*. Porto Alegre: Notadez Informações, 2001.

LOURO, Guacira Lopes. **Foucault e os estudos queer**. In: *Para uma vida não-fascista*. Org. RAGO, Margareth et VEIGA-NETO, Alfredo. Belo Horizonte: Autêntica; 2009.

MISKOLCI, Richard. **Abjeção e desejo: afinidades e tensões entre a Teoria Queer e a obra de Michel Foucault**. In: *Para uma vida não-fascista*. Org. RAGO, Margareth et VEIGA-NETO, Alfredo. Belo Horizonte: Autêntica; 2009.

NEPOMOCENO, Alessandro. **Além da lei – a face obscura da sentença penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004

PETRY, Analídia Rodolpho et MEYER, Dagmar Elisabeth Estermann. **Transexualidade e heteronormatividade: algumas questões para a pesquisa**. 2011. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrio.br/fo/ojs/index.php/fass/article/viewFile/7375/6434>>. Acesso em: 27 mai. 2012.

ROULAND, Nobert. **Nos confins do direito**. São Paulo: Martins Fontes; 2008.

RUSCHE, Georg et KIRCHHEIMER, Otto. **Estrutura e Punição Social**. Rio de Janeiro: Rio de Janeiro; 2004.

THOMPSON, Augusto. **Quem são os criminosos: o crime e o criminoso: entes políticos**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007

WARAT, Luiz Alberto. **Introdução Geral ao Direito I: Interpretação da lei: temas para uma reformulação**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994